



ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DEFECTO FÁCTICO EN SU DIMENSIÓN NEGATIVA – Acreditado / TASACIÓN DEL DAÑO - Sin el sustento fáctico debido / VIOLACIÓN DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO / VIOLACIÓN DEL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

No se encuentra la razón fáctica en la que el Tribunal haya sustentado la medición de la lesión relacionada con cualquiera de los componentes de la salud mencionados. De modo que, si bien no es necesaria una prueba específica por la cual llegar a esa medición porcentual de la lesión, no se halla si quiera una que permita llegar, de manera objetiva, a las consecuencias físicas de la enfermedad y el daño derivado, o que refleje las alteraciones que al nivel psicológico, de desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agravaron la condición del paciente o la anormalidad del funcionamiento de un órgano o las complicaciones y secuelas que produjeron un deterioro en la parte fisiológica del paciente. Así las cosas, se halla razón a la entidad accionante en que la sentencia objetada no ofrece el sustento fáctico que permitan concluir el porcentaje del 29.5% de gravedad. De modo que las escuetas referencias a la respuesta al tratamiento en el aspecto hematológico y que no dejó secuelas permanentes como lo sostuvieron los peritos en el dictamen y la incapacidad de 53 días no dan cuenta de un nexo entre el daño y su tasación. Por lo anterior, la Sala encuentra que la decisión del tribunal adolece de un defecto fáctico en su dimensión negativa al omitir el fundamento probatorio sobre el cual asignó el porcentaje de la lesión en un 29.5%, de manera que la valoración que hizo, se itera, está viciada y, en esa medida, la Sala pasará a anular la providencia para que sea corregida por el propio Tribunal en lo que respecta a este defecto. En tal virtud, se impone la revocación el fallo de primera instancia de la acción de tutela, (...) para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales invocados por la Clínica Tolima S.A.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Consejero ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá, D.C., ocho (8) de abril de dos mil diecinueve (2019)

Radicación número: 11001-03-15-000-2018-03311-01(AC)

Actor: SOCIEDAD MÉDICO QUIRÚRGICA DEL TOLIMA S.A. -CLÍNICA TOLIMA S.A.-

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA - SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

La Sala decide la impugnación presentada por la representante legal de la sociedad accionante contra el fallo proferido por el Consejo de Estado – Sección Cuarta, el 12 de febrero de 2019, que negó el amparo deprecado.

I. ANTECEDENTES

La Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. -Clínica Tolima S.A.-, a través de su representante legal, solicitó la protección de los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, presuntamente vulnerados con ocasión de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima¹.

1. Hechos

- 1.1 Ramón Wilson Wilches Velásquez fue intervenido quirúrgicamente en dos ocasiones en la Clínica Tolima S.A., de la ciudad de Ibagué y, como consecuencia de los procedimientos, adquirió una infección por presencia de la bacteria "*pseudomona aeruginosa*".
- 1.2 Ramón Wilson Wilches Velásquez, en calidad de víctima directa y su cónyuge e hija, en condición de afectadas, ejercieron el medio de control de reparación directa en contra de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional, Dirección de Sanidad y la Clínica Tolima S.A., por los perjuicios ocasionados como consecuencia de la falla en el servicio médico.
- 1.3 El Juzgado Décimo Administrativo de Ibagué, en sentencia del 22 de noviembre de 2017², negó las súplicas de la demanda, por considerar que no se logró establecer que la falla en el servicio médico alegada fuera imputable a las entidades accionadas, pues, no se demostró que se haya actuado con desconocimiento de la *lex artis* y ni que la bacteria haya sido adquirida en la Clínica Tolima, dado que el paciente estuvo hospitalizado en otras instituciones prestadoras de servicios de salud.
- 1.4 La parte actora interpuso recurso de apelación³ contra la decisión de primera instancia y el Tribunal Administrativo del Tolima, en providencia del 19 de julio de 2018⁴, revocó la decisión de primera instancia para, en su lugar, declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva de la Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional - Hospital Militar Central y declaró administrativamente responsable a la Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. –Clínica Tolima, por los perjuicios morales y materiales que sufrió la parte demandante a causa de la adquisición de la bacteria "*pseudomona aeruginosa*".
- 1.5 El Tribunal sustentó lo anterior, en que del material probatorio allegado al proceso se encontró acreditado que Ramón Wilson Wilches Velásquez adquirió una infección nosocomial, de manera intrahospitalaria, específicamente en la Clínica Tolima, pues el paciente ingresó a ese centro hospitalario sin dicha bacteria.

¹ Fls. 373 a 398v, c.4 principales 2 c/u.

² Fls. 295 a 311v, c.4 principales 2 c/u.

³ Fls. 317 a 323, c.4.

⁴ Fls. 373 a 398v, c.4.

2. Argumentos de la solicitud de tutela

La Clínica Tolima incoó acción de tutela el 13 de septiembre de 2018⁵, y en ella acusó el fallo del Tribunal Administrativo del Tolima de incurrir en defecto fáctico porque:

No existe prueba alguna que determine que la infección nosocomial, *pseudomona aeruginosa*, haya sido adquirida por el paciente en la Clínica Tolima, a raíz de las intervenciones quirúrgicas que allí le practicaron.

- i.) La condena al pago de perjuicios morales y materiales no estuvo sustentada en una prueba técnica de la que se pudiera determinar la gravedad de la lesión, por lo que el 29,5% indicado para tasar los perjuicios no tiene sustento probatorio, tanto así que el salvamento de voto presentado por el magistrado Ángel Ignacio Álvarez Silva, señaló: “(…) sin mayores elementos de juicio válidos, se determinó una gravedad de la lesión del 29.5% y con base en esa cifra, se determinaron los valores a pagar por concepto de perjuicios morales y también los perjuicios materiales a título de lucro cesante, cuando lo aconsejable era la condena en abstracto para que, a través de un incidente de liquidación de perjuicios y previa determinación de la gravedad de la lesión, en las circunstancias actuales se determinara lo pertinente frente a dicha determinación.”⁶, y que en este mismo sentido, omitió tener en cuenta el dictamen pericial, en lo pertinente a la mejoría y recuperación del paciente lo que indicaba que las secuelas no eran permanentes.

Por tal razón, las **pretensiones** de la acción de tutela fueron las siguientes:

“PRIMERO: Se tutele los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso y el acceso a la administración de justicia (artículos 29 y 229 de la C.P.); a la Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima y/o Clínica Tolima S.A., que represento, por la vía de hecho (sic) en que incurrió el Tribunal Administrativo del Tolima Sala Dual en la sentencia de segunda instancia de fecha diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018).

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se ordene la revocatoria de la mentada providencia y se le ordene al citado Tribunal Administrativo del Tolima Sala Dual profiera el correspondiente fallo de acuerdo a los argumentos aquí presentados en sede de tutela.

TERCERO: Infórmele al Tribunal Administrativo del Tolima la decisión que tome su despacho en protección de los derechos constitucionales fundamentales”.

Asimismo, solicitó la suspensión del fallo cuestionado, en los siguientes términos:

“Solicito a su señoría al tenor de lo establecido en el Decreto 2591 de 1991, que dentro del auto admisorio de la presente tutela, se me conceda como medida provisional a favor de la Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A., y/o Clínica Tolima S.A. y con el ánimo de que no se me cause un perjuicio irremediable, bajo los argumentos sustentados en el presente escrito de tutela, la suspensión de la ejecución de la sentencia proferida por la Sala Dual del Tribunal Administrativo del Tolima - el día diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018)”⁷.

⁵ Fls. 1 a 15, c. 1.

⁶ Fl. 4, c. 1.

⁷ Fls. 13 a 14, c. 1.

3. Intervenciones

Ramón Wilson Wilches Velásquez, Bertha Ayala Barragán y Aurora María Wilches Ayala, en escrito del 12 de octubre de 2018⁸, solicitaron declarar improcedente la acción por carecer de fundamentos fácticos y jurídicos y, por pretender crear una tercera instancia.

El Tribunal Administrativo del Tolima guardó silencio.

4. Sentencia de primera instancia

La Sección Cuarta del Consejo de Estado, en fallo del 12 de febrero de 2019, negó el amparo invocado por los accionantes⁹. Sustentó la decisión en los siguientes argumentos:

Dijo que los argumentos de la parte accionante no estaban llamados a prosperar, porque, el perjuicio moral reconocido no se tasó con base en el porcentaje del 29,5% que menciona la parte la actora; que bastaba con leer la providencia cuestionada para advertir que el Tribunal con fundamento en que las alteraciones hematológicas y las secuelas, tales como la pérdida de peso, no tuvieron carácter permanente, el monto de la indemnización se reconocería en 40 smmlmv para la víctima y las afectadas, lo que ocurrió es que se refirió al porcentaje del 29,5 % para calificar la gravedad de la lesión.

Manifestó la Sección, que tampoco era cierto que la autoridad judicial demandada omitió referirse a la posibilidad de recuperación de las lesiones, pues precisamente lo tuvo en cuenta, al punto que fue con fundamento en esa circunstancia que el monto de perjuicios morales se reconoció en monto inferior.

Concluyó que la parte demandada tuvo la posibilidad de solicitar la complementación o aclaración del dictamen pericial, en los términos del artículo 238 del C.P.C. y no lo hizo, por lo que no es el ejercicio de la acción tutela el medio para reabrir la oportunidad procesal que le correspondía.

5. Impugnación

La representante legal de la accionante, solicitó revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, acceder a las pretensiones de la acción de tutela¹⁰.

Indicó que la sentencia de la Sección Cuarta de esta Corporación, incurrió en defecto fáctico al no haber comprobado que no existe prueba que endilgue a la Clínica Tolima que en sus instalaciones se hubiera producido el contagio de la infección nosocomial del paciente; que no existió prueba en la en la decisión del Tribunal para haber tasado el porcentaje del 29.5% de gravedad de la lesión y, reiteró el argumento expuesto en la acción de tutela sobre que no se tuvo en cuenta que en el dictamen se estableció que la pérdida de peso y las alteraciones hematológicas no eran permanentes.

II. CONSIDERACIONES

⁸ Fls. 92 a 95v, c. 1.

⁹ Fls. 128 a 132, c. 1.

¹⁰ Fls. 151 a 155, c. 1.

2.1 Competencia

La Sala es competente para conocer de la impugnación presentada por la sociedad accionante contra la sentencia expedida por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, del 12 de febrero de 2019, en virtud de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, en el artículo 1º, numeral 5 del Decreto 1983 de 2017 que modificó el Decreto 1069 de 2015 y en el Acuerdo 377 de 2018, que modificó el reglamento interno del Consejo de Estado.

2.2 Problema jurídico

La Sala debe establecer, si la sentencia proferida por el *a quo* debe ser confirmada, modificada o revocada.

Para el efecto, la Sala estudiará si el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la tutela contra providencias judiciales resulta satisfactorio, y en caso afirmativo, procederá a determinar si la sentencia confutada del Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en defecto fáctico por carencia probatoria (i) en relación con la falla del servicio en la práctica médica y, (ii) al determinar un porcentaje del 29.5% de gravedad de la lesión y no tener en cuenta la posibilidad de recuperación de las lesiones en el caso de este tipo de infecciones.

2.3 Requisitos generales y específicos de la acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela dispuesta en el artículo 86 de la Constitución Política, es un procedimiento preferente y sumario que toda persona tiene a su alcance para reclamar la protección inmediata de los derechos constitucionales vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, en los casos que establece la ley.

En relación con la acción de tutela contra providencias judiciales, la postura reiterada y uniforme de la Corte Constitucional¹¹ y el Consejo de Estado¹² ha sido admitir su procedencia excepcional, siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad (exigencias generales) y cualquiera de las causales específicas de procedencia (defectos).

La posición actual ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional, entre otras providencias, empezando por la tesis de la vía de hecho fijada en las sentencias C-543 de 1992 y T-079 de 1993 y su redefinición en la T-949 de 2003, hasta llegar a su sistematización en la sentencia C-590 de 2005 en la cual se modifica la concepción de vía de hecho, a la de vulneración del derecho al debido proceso por la presencia de defectos especiales, previo cumplimiento de unos requisitos generales de procedibilidad.

¹¹ Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 de 2000, T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009, T-889 de 2011, T-010 de 2012, T-1090 de 2012, T-074 de 2012, T-399 de 2013, T-482 de 2013, T-509 de 2013, T-254 de 2014, T-941 de 2014 y T-059 de 2015.

¹² Sentencia de unificación por importancia jurídica, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 5 de agosto de 2014. Exp. n.º 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A.

Por su parte, el Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica, del 5 de agosto de 2014, concluyó que la acción de tutela procede contra providencias judiciales siempre y cuando se respete el principio de autonomía del juez natural, y se cumplan los requisitos generales y específicos precisados por la Corte Constitucional.

Requisitos generales:

El examen de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales se deriva de los requisitos que se erigen de la configuración prevista en el artículo 86 de la Constitución, del Decreto 2591 de 1991, y de la concreción que, por la vía interpretativa ha hecho la jurisprudencia constitucional.

Así las cosas, antes que todo es necesario verificar la legitimación en la causa como una exigencia preliminar en cualquier acción de amparo, para, posteriormente, pasar a constatar los demás requisitos generales de procedibilidad, en los siguientes términos: (i) que la cuestión que se discute tenga relevancia constitucional; (ii) que previo a la solicitud de tutela se hayan agotado todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) que se cumpla con el principio de inmediatez; (iv) que en caso de que se alegue una irregularidad procesal, la misma tenga la entidad de afectar la decisión; (v) que en la solicitud de tutela se exprese de manera clara los hechos y los fundamentos de la afectación de derechos que se imputa a la decisión judicial; y de manera general, (vi) no procede elevar una solicitud de amparo contra decisiones proferidas dentro de procesos de tutela.

Cuando no se cumpla con alguno de esos presupuestos, la acción de tutela deviene improcedente. En caso contrario, de acreditarse todos los requisitos generales, corresponde verificar si la providencia objeto de reproche incurrió en alguna de las causales específicas o defectos que se describen a continuación:

Causales específicas:

Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial se concretan en los defectos o errores en que puede incurrir la decisión cuestionada, de modo que, si una decisión judicial incurre en alguna de las causales específicas, podrá ser razón suficiente para el amparo constitucional¹³. A saber:

a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de competencia; b) defecto procedimental, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actuó al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto es, cuando el juez no tuvo en cuenta el material probatorio obrante en el expediente para proferir decisión; d) defecto material o sustantivo, el cual se origina en el evento en que se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas, o existe una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional; g) desconocimiento del precedente constitucional, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario

¹³ Sentencias T-352 de 2012, T-103 de 2014, T-125 de 2012, entre otras.

aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance y h) violación directa de la Constitución Política, que se presenta cuando el operador judicial desconoce un postulado de la Carta Política de 1991, es decir, el valor normativo de los preceptos constitucionales.

Corresponde, entonces, pasar a verificar lo atinente a la legitimación y luego, si en el presente asunto la solicitud de tutela cumple con todos los requisitos generales de procedibilidad y, en tal caso, si se presenta alguno de los defectos alegados por la parte accionante.

La acción de tutela la ejerció la sociedad Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. –Clínica Tolima S.A.-, a través de su representante legal, como titular de los derechos presuntamente conculcados.

Acerca de la representación judicial de las personas jurídicas, la Corte Constitucional¹⁴ ha señalado que debe guiarse por las reglas generales de postulación, de manera que la acción de tutela debe ser presentada o bien por su representante legal o bien por intermedio de apoderado.

En consecuencia, la accionante está legitimada en la causa por activa.

El Tribunal Administrativo del Tolima, está legitimado en la causa por pasiva por ser la autoridad judicial que expidió la providencia que cuestionada por medio de esta acción de tutela.

Del cumplimiento de los requisitos generales de procedencia tenemos:

i) Para la Sala se entiende satisfecho el requisito de relevancia constitucional, toda vez que el defecto fáctico planteado trasciende a la órbita del derecho fundamental al debido proceso en tanto que se cuestiona el material de prueba que es sustento de la decisión adoptada. Así pues, determinar si hubo fundamento probatorio en relación con la falla del servicio y cómo se determinó el porcentaje de gravedad que sirve de sustento de la indemnización del daño moral, son aspectos centrales de la providencia reprochada, cuyo eventual defecto afectaría el derecho fundamental de la parte demandante que justifica la intervención del juez constitucional.

ii) Se cumple con el requisito de subsidiariedad, porque los defectos alegados se predicen de la sentencia de segunda instancia en el marco de control de reparación directa, contra la cual no procedía recurso alguno.

iii) En el asunto en concreto se cumple con el requisito de la inmediatez porque la decisión que se controvierte se profirió el 19 de julio de 2018 y la acción de tutela fue incoada el 13 de septiembre de 2018¹⁵; lo anterior implica que el amparo fue interpuesta en un plazo razonable¹⁶.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencias T-463 de 1992; T-550 de 1993; SU-1193 de 2000 entre otras.

¹⁵ Fls. 1 a 15, c. 1.

¹⁶ Sobre el asunto, la sentencia SU-354 de 2017 precisó que la razón de la exigencia de este término razonable entre la notificación y la interposición de la acción radica en que dicho presupuesto: *“garantiza una protección urgente de los derechos fundamentales presuntamente amenazados o vulnerados; evita una lesión desproporcionada a atribuciones jurídicas de terceros, resguarda la seguridad jurídica; desestima las solicitudes negligentes”*.

Respecto a la inmediatez, la Corte Constitucional indicó en la SU-391 de 2016 que “[n]o existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, sino que es al juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto, lo que constituye un término razonable”. Ese plazo razonable debe contarse desde la ocurrencia de la vulneración o la puesta en peligro

iv) El presente asunto no trata de una irregularidad procesal que afecte la decisión.

v) El accionante identificó con claridad los hechos y fundamentos de afectación al derecho fundamental que a su juicio hizo viable la acción de tutela. Así, los hechos propuestos como vulneradores de derechos fundamentales son la falta de prueba para determinar el porcentaje de gravedad de la lesión y el no haber considerado la mejoría del paciente.

vi) En el caso bajo examen se controvierte una providencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima dentro del medio de control de reparación directa, es decir, no se controvierte una sentencia de tutela.

Por lo anterior, en la medida en que se encuentran satisfechos los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial, la Sala descenderá al análisis de los criterios especiales relacionados con el defecto fáctico alegado por el accionante.

3. Caso concreto

En el presente asunto, pasa la Sala a verificar si con la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima del 19 de julio de 2018, se vulneraron los derechos fundamentales cuyo amparo solicita el accionante.

Estos derechos le habrían sido vulnerados, desde su óptica, en defecto fáctico de connotación negativa, al haber dictaminado, sin prueba alguna obrante al proceso, que la infección nosocomial fue adquirida en la Clínica Tolima a consecuencia de las intervenciones quirúrgicas que allí le practicaron; no existir prueba para determinar que la gravedad de la lesión de Ramón Wilson Wilches Velásquez era del orden del veintinueve punto cinco por ciento (29.5%) que generó a su vez, la indemnización por perjuicios morales y materiales; y por haber omitido el dictamen pericial, en lo pertinente a la posibilidad de recuperación de las lesiones en el caso de este tipo de infecciones.

Procede ahora la Sala a examinar el presunto defecto fáctico en el que incurrió la sentencia cuestionada por el accionante, para lo cual se hará una breve descripción de la naturaleza del defecto fáctico en su doble dimensión, y posteriormente se pasará a verificarlo en el caso concreto.

3.1 Del defecto fáctico como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

La Corte Constitucional ha sostenido que el defecto fáctico se presenta cuando *“resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el juez para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado (...)”*¹⁷, o cuando *“se hace*

de los derechos fundamentales y la fecha de la presentación de la solicitud de amparo, de manera que se acompañe a la naturaleza y objeto del mecanismo constitucional (sentencias T-594 de 2008 y T-578 de 2006).

Dentro de tal contexto, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación, en sentencia de 5 de marzo de 2014 (expediente 2012-02201-01), también sentó como regla general de inmediatez, “un plazo de seis meses, contados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso, para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-393 de 2017, T-567 de 1998, reiterada en sentencias como la T-555 de 1999, T-1100 de 2008, T-781 de 2011, entre otras.

*manifiestamente irrazonable la valoración probatoria hecha por el juez en su providencia*¹⁸.

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado que el defecto fáctico es *“aquel vicio relacionado con la práctica o valoración de las pruebas, que tiene una incidencia directa en la decisión”*¹⁹.

Ahora bien, la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁰ ha identificado dos dimensiones en las que se puede apreciar el defecto fáctico: **1.) La dimensión negativa** del defecto fáctico, según aquella, abarca supuestos como los siguientes: *i)* ignorar o no valorar, injustificadamente, medios de prueba trascendentales frente a la decisión adoptada; *ii)* decidir al margen de las pruebas que le hubieren impedido la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la providencia; *iii)* no decretar pruebas de oficio en los procedimientos en los que el juez se encuentre habilitado legalmente para hacerlo, y siempre que de las circunstancias del caso se derive la obligación de hacerlo para esclarecer hechos oscuros o difusos. **2.) La dimensión positiva** del defecto fáctico puede abarcar supuestos tales como: *i)* valorar pruebas ilícitas, siempre que las mismas hubieren sido determinantes del sentido de la decisión; *ii)* decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conduzcan a demostrar los hechos en que se fundamenta la providencia judicial que se cuestiona en tutela.

3.2. Examen en el caso concreto

Sea lo primero indicar que el impugnante en la acción de tutela señaló **como primer defecto fáctico** que el juez de primera instancia del medio de control de reparación directa, fundó la decisión en que no se estableció la presencia de falla en el servicio médico toda vez que del material de prueba aportado no se demostró que la entidad de salud haya actuado con desconocimiento de la *lex artis*, siendo imposible imputársele responsabilidad alguna en las afecciones en la salud.

En efecto, el Tribunal Administrativo del Tolima, al revocar la sentencia, argumentó, en contrario de lo decidido por el *a quo*, que estaba probada la falla en el servicio. Para tal efecto el órgano judicial realizó un estudio preliminar y general sobre el régimen de imputación derivado de la actividad médica refiriéndose concretamente a los casos de infecciones nosocomiales en las que *“el Consejo de Estado ha aceptado que no resulta razonable atribuir los riesgos al paciente”*²¹. Posteriormente pasó a hacer ciertas consideraciones sobre el tipo de infecciones nosocomiales y el agente microbiano, y las medidas que deben asumir los centros médicos para no trasladar ese riesgo conocido a sus pacientes. Como corolario de lo anterior, el Tribunal pasó a indicar que la jurisprudencia aplicable ha tendido a disminuir la carga de prueba en la culpa de la entidad de salud para estos eventos, con una amplia referencia de diferentes providencias del Consejo de Estado sobre el tema.

En este contexto, el Tribunal pasó a demostrar el hecho de que el señor Wilches Velásquez había contraído en el centro médico demandado y que este no había tomado las medidas sanitarias para prevenir que lo adquiriera en el procedimiento practicado. En particular el Tribunal trajo a la sentencia el siguiente material probatorio tenido en cuenta para demostrar esta situación:

¹⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-399 de 2012.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta, exp 11-001-03-15-000-2017-03138-00.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-385 de 2018.

²¹ FI. 386.

1. Historia clínica del señor Ramón Wilson Wilches Velásquez, expedida por el Hospital Militar Central, de fecha 28 de agosto del 2008, en la que se destaca que el señor Ramón Wilson Wilches Velásquez presenta un cuadro clínico de aproximadamente 4 años con síndrome doloroso vesical, asociada a una infección por pseudomona aeruginosa crónica, que ha requerido 2 tratamientos (Fls. 4 a 6):
*"...Indicaciones Médicas y conducta
PACIENTE INGRESA PROGRAMADO PARA ILECISTOPLASTIA (sic) DE AUMENTO POR CISTITIS DE BAJA CAPACIDAD..."*.
2. Certificación sin fecha, expedida por psicóloga, en la que se informa sobre las consultas del señor Ramón Wilson Wilches Velásquez, por un deterioro en su estado emocional, a causa de las patologías padecidas (Fls. 8 a 9):
*" (...) El señor WILSON WILCHES VELÁSQUEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 6.377.022 de Palmira, se le han practicado durante el año 2009 cuatro (4) consultas psicológicas, tanto a nivel personal como familiar durante las siguientes fechas: 13 de Marzo, 15 de Mayo, 17 de Julio y 17 de Agosto
Se retomaron las consultas psicológicas en marzo ya que nuevamente el paciente presentó una recaída en su estado emocional, generado por su enfermedad que le ha impedido tener una vida social, laboral y familiar normal..."*.
3. Certificación sin fecha, expedida por Psicología, en la que se da cuenta de las terapias recibidas por el señor Wilson Wilches Velásquez, con motivo de la depresión causada por las enfermedades diagnosticadas (Fls. 10 a 11).
4. Certificaciones por psicología en donde constan las atenciones particulares al señor Wilson Wilches Velásquez, por el estado emocional y depresivo (Fls. 12 a 13).
5. Descripción quirúrgica de la clínica Tolima de fecha 12 de noviembre del 2004, en la que se da cuenta de la cirugía de herniorrafia inguinal bilateral, más implantación de malla en polipropileno al señor Ramón Wilches Velásquez (Fls. 176 a 180).
6. Hoja de recuperación de la clínica del Tolima de fecha 12 de noviembre del 2004, en donde se consignó que el señor Ramón Wilson Wilches Velásquez, salió del procedimiento en buenas condiciones generales (Fls. 181 y vto.).
7. Resumen final de historia de la clínica del Tolima con fecha 15 de abril del 2005, en donde se da cuenta del diagnóstico hernia inguinal derecha reproducida, padecida por el señor Ramón Wilson Wilches Velásquez (Fls. 184).
8. Descripción quirúrgica de la clínica del Tolima S.A. con fecha 15 de abril del 2005, en donde se constata la realización de la cirugía herniorrafia inguinal con implantación de malla goretex al señor Ramón Wilson Wilches Velásquez (Fls. 189).
9. Consentimiento informado de la clínica Tolima S.A. de fecha 15 de abril del 2005, en donde aparece consignada la firma del paciente Ramón Wilson Wilches Velásquez, avalando el procedimiento quirúrgico herniorrafia derecha (Fl. 194).
10. Hoja de evolución de enfermería de la clínica Tolima S.A., de 20 de agosto de 2005, mediante la cual se observa que el paciente Ramón Wilson Wilches Velásquez ingresó con diagnóstico de infección severa por pseudomona prostática (Fl. 200)²².

²² Fls 201 a 205v, c. 4.

11. Informe de anatomía patológica realizado en la clínica Tolima de fecha 11 de diciembre del 2005, en donde se aprecia la cistitis intersticial padecida por el señor Ramón Wilson Wilches Velásquez (Fl. 219): "...*DIAGNOSTICO: BIOPSIAS DE VEJIGA: Necrosis, tejido de granulación, inflamación aguda y cambios celulares reactivos severos, hallazgos estos compatibles con el diagnóstico de CISTITIS INTERSTICIAL*".

12. Atención integral de fecha 12 de septiembre del 2009, realizada al señor Ramón Wilches Velásquez en la Dirección General de Sanidad Militar del batallón A.S.P.C. No. 6, en la que se da cuenta del cuadro clínico consistente en 4 meses de evolución de infección urinaria severa, permaneciendo hospitalizado previamente en el Hospital Militar Central (Fl. 225): "...*Dx- Prostatitis, IVU bajas severa...*".

13. Hoja de admisión No. 0000485237 del Hospital Militar Central de fecha 6 de septiembre del 2007, en donde se destaca que el señor Ramón Wilson Wilches Velásquez, padecía una infección de las vías urinarias (Fl. 34 del Cuaderno No. 2 pruebas de la parte demandante).

14. Consulta externa del Hospital Militar Central de fecha 18 de octubre del 2007, en donde se destacan la infección de vías urinarias recurrentes, cistitis intestinal nefropatía obstructiva padecidas por el señor Ramón Wilson Wilches Velásquez (Fl. 35 del Cuaderno No. 2 pruebas de la parte demandante).

15. Epicrisis medicina interna Hospital Militar Central de fecha 6 de septiembre del 2007, observándose la persistencia de la bacteria pseudomona aeruginosa en el organismo del señor Ramón Wilson Wilches Velásquez, a pesar de los múltiples tratamientos basados en antibióticos (Fls. 36 vto. 37 del Cuaderno No. 2 pruebas de la parte demandante): "...*nuevo cultivo fue positivo para Pseudomona aeruginosa multiresistente ...*".

16. Historia clínica por consulta externa del Hospital Militar Central de fecha 21 de febrero del 2006, apreciándose urocultivo en donde se detectó la presencia de la bacteria Pseudomona aeruginosa en el cuerpo del señor Ramón Wilson Wilches Velásquez (Fl. 39 del Cuaderno No. 2 pruebas de la parte demandante).

17. Historia clínica del Hospital Militar Central de fecha 21 de noviembre del 2005, en donde se da cuenta de los servicios de hospitalización durante el termino de 53 días, prestados al señor del Ramón Wilson Wilches Velásquez, por las patologías de prostatitis crónica por pseudomona, orquipididimitis crónica derecha e hipertensión arterial controlada (Fls. 41 y vto. del Cuaderno No. 2 pruebas de la parte demandante).

18. Diligencia judicial de recepción de testimonio rendida por el medico Germán Antonio Rengifo Alvis en el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué el 2 de febrero del 2011, en la que se da cuenta sobre los posibles riesgos como resultado del rechazo de la malla (Fls. 81 a 82 del Cuaderno No. 2 pruebas de la parte demandante): "...*el señor Ramón Wilches Velásquez es un adulto mayor lo que aumenta el riesgo residido o que rechace la malla PREGUNTADO: Explíqueme al despacho si en el control postoperatorios PREGUNTADO: Sírvase explicarle al despacho si usted advirtió tanto al paciente como a su familia los riesgos inherentes al procedimiento quirúrgico CONTESTO: siempre que se opera a un paciente se le explica el procedimiento, los riesgos que conlleva el mismo, las posibilidades de rechazo, residida, sangrado, fístulas que quedan plasmadas en un documento que se llama consentimiento informado que curiosamente no aparece en la historia clínica, ninguno de los dos consentimientos informados...*".

19. Diligencia judicial de recepción de testimonio rendida por la psicóloga Nohora Alexandra Bella Garnica en el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué el 2 de febrero del 2011, en la que se da cuenta sobre las terapias realizadas al señor Ramón Wilson Wilches Velásquez a causa de la depresión y cambios emocionales bruscos como consecuencia de cistitis intersticial por la bacteria pseudomona aeruginosa (Fls. 82 a 84, c. 2 pruebas de la parte demandante).

20. Diligencia judicial de recepción de testimonio rendida por el señor José Antonio Rojas Cárdenas en el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué el 3 de febrero del 2011, en la que se da cuenta que el señor Ramón Wilson Wilches Velásquez viajó a Estados Unidos a recibir tratamiento por la bacteria, previa atención en el Hospital Militar Central (Fls. 85 a 86, c. 2 pruebas de la parte demandante).

21. Diligencia judicial de recepción de testimonio rendida por el señor Luís Armando Romero Ramírez en el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué el 3 de febrero del 2011, en la que se informa que el señor Ramón Wilson Wilches Velásquez sufrió afectación emocional a causa de las patologías padecidas (Fls. 86 a 88 c. 2 pruebas de la parte demandante).

22. Diligencia judicial de recepción de testimonio rendida por el Andres Gómez Tavera en el Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Ibagué el 22 de agosto del 2011, en la que se afirma que la infección por pseudomona se presenta en pacientes inmunosuprimidos o con cuerpos extraños intravesicales (Fls. 100 a 102 del Cuaderno No. 2 pruebas de la parte demandante).

23. Dictamen pericial de fecha 23 de enero del 2014, realizado por el Director del Departamento de patología, el médico infectólogo y el Jefe de la Unidad de Urología del Hospital Universitario San Ignacio, en donde de manera clara se afirmó que los tratamientos suministrados al demandante en cada uno de los centros médicos se ajustaron a la *lex artis* (Fls. 4 a 9).

Con base en las anteriores pruebas, el Tribunal concluyó que *“sobre la base de todo lo anterior se encontró en el material probatorio legalmente recaudado que el señor Wilches Velásquez, ingresó a la Clínica del Tolima el 12 de noviembre del 2004, en donde se le realizó la primera intervención quirúrgica, denominada herniorrafia inguinal bilateral, además de una malla en polipropileno de 15x15 centímetros”*.

El órgano accionado encontró acreditado que *“tan solo tres meses después de practicada la intervención quirúrgica, el señor Ramón Wilson Wilches Velásquez, ingreso nuevamente a la clínica del Tolima, esta vez a causa de una infección, por pseudomona prostática, por lo que la Sala concluye que conforme las características descritas por el Honorable Consejo de Estado a través de su jurisprudencia, estamos en presencia de una infección nosocomial (pseudomona aeruginosa), adquirida de manera intrahospitalaria, más exactamente en la clínica del Tolima, pues se encuentra debidamente probado, que el paciente ingresó al centro médico, sin dicha bacteria”*.²³

Posteriormente, en la providencia cuestionada se hace referencia a la “Hoja de evolución de enfermería” de la Clínica Tolima S.A., de 20 de agosto de 2005, en la que se observa que el paciente Ramón Wilson Wilches Velásquez ingresó con diagnóstico de infección severa por pseudomona prostática.²⁴ Y, en todo caso, no se halló en el plenario, ningún otro ingreso a institución hospitalaria por consulta o

²³ Fl. 295, c.4.

²⁴ Fls. 201 a 205v, c.4.

para tratamiento por pseudomona aeruginosa, y es la misma Clínica Tolima, la que diagnostica la infección nosocomial.

Encontró, por tanto, que resultaba forzoso concluir que la sentencia apelada debía ser revocada, declarando la responsabilidad administrativa y patrimonial de la Sociedad Médico Quirúrgica del Tolima S.A. Clínica del Tolima, pues halló debidamente probado el daño consistente en la infección nosocomial adquirida en la Clínica Tolima, luego del procedimiento del 15 de abril de 2005, lo que le llevó a ingresar nuevamente a la entidad el 19 de agosto de 2005²⁵, para ser tratado por pseudomona aeruginosa, y determinada la responsabilidad de acuerdo con lo reseñado frente a la jurisprudencia del Consejo de Estado, el Tribunal procedió a determinar la gravedad de la lesión conforme lo probado en el proceso.

Para ello, se reitera, tuvo en cuenta la historia clínica, el dictamen pericial del 23 de enero de 2014²⁶, las certificaciones de consulta con sicología por la depresión que le causó la infección lo que le llevó a un estado emocional con recaídas por la afectación que le generó en su vida social, familiar, sexual, con génesis evidente en la enfermedad como lo refiere la sicóloga tratante Nohora Alexandra Bello Garnica²⁷.

A partir de lo anterior, la Sala encuentra que la decisión del Tribunal no carece de soporte probatorio como afirma la entidad accionante ni que la providencia adolezca de una valoración razonable. Distinto es que la accionante no comparta tal valoración, o que, en su criterio, la teoría de la responsabilidad aplicable llevara a una conclusión distinta, o que sencillamente no comparte. Cuestiones que, en cualquier caso, desbordan la competencia del juez de amparo, y que, máxime, debieron plantearse bajo otros argumentos de índole sustantiva que no se advierten en esta ocasión.

En relación con el segundo defecto fáctico que endilga la sociedad accionante, cuando señaló que el yerro en la decisión del Tribunal, radicó en que *“LA DECISIÓN MAYORITARIA fue tomada sin existir una prueba que permitiera deducir y establecer la gravedad de la lesión del paciente ya que no se tuvo en cuenta las circunstancias cronológicas y geográficas dadas respecto a los tiempos y momentos en que el señor RAMÓN WILSON WILCHES VELÁSQUEZ consultó a varias entidades, situación que de contera imposibilitaba a la SALA DE DECISIÓN PARA DETERMINAR UNA GRAVEDAD DE LA LESIÓN EN UN 29.5% PUES NO EXISTÍAN ELEMENTOS DE JUICIO PARA CONCRETAR DICHO PORCENTAJE, pues de allí se desencadenó los valores establecidos en la condena que es objeto de acción de tutela por vía de hecho (...)”*.

Pues bien, sea lo primero indicar que la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 expediente 31172 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, estableció la siguiente tabla para determinar los topes indemnizatorios para la reparación del daño moral en los eventos de lesiones personales tanto a la víctima directa, como para los familiares y demás personas allegadas, dependiendo de la gravedad o levedad de la misma.

²⁵ Fl. 200y v., c. 4 en 2.

²⁶ Fls. 659 a 664 y 673 a 674, c. 3 dictamen pericial.

²⁷ Fls. 8 a 13, c. 4 en 2.

GRAFICO No. 2 REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil,	Relaciones afectivas no familiares- terceros damnificados
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1%e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

La misma decisión, en punto de determinar la gravedad de la lesión causada a la víctima directa señaló que:

“(…) Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso”.

En concreto, el Consejo de Estado, en la mencionada providencia determinó las siguientes reglas sobre el asunto: (i) la reparación se fundamenta en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, sus familiares y demás personas allegadas; (ii) el referente en la liquidación del perjuicio es la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima, cuyo manejo se divide en seis rangos, de acuerdo con la tabla transcrita; (iii) para las víctimas indirectas, se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que se hallen respecto del lesionado, conforme dicha tabla, y (iv) la gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Como se observa, la sentencia de unificación no exige una prueba concreta (tarifa legal) para valorar la gravedad o levedad de la lesión, en términos porcentuales, como podría ser un certificado de pérdida de capacidad laboral, lo que conduce, a que el fallador tenga discrecionalidad para llegar a esta valoración a partir de distintos medios probatorios según las condiciones del caso concreto y el material fáctico con el que cuente.

En efecto, en sentencia del 9 de octubre de 2014, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en acatamiento de la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, determinó que el reconocimiento y la tasación del daño no se limitan a *"constatar el porcentaje certificado de la pérdida de capacidad laboral, sino que deben tener en cuenta las consecuencias de la enfermedad, el accidente o, en general, el hecho dañino, que reflejen alteraciones en el comportamiento y desempeño de la persona*

dentro de su entorno social y cultural que agraven su situación, como los casos estéticos o lesiones sexuales, que difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad”²⁸.

Posteriormente, en sentencia de 10 de agosto de 2016, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que las pruebas de la incapacidad médico legal o del porcentaje de pérdida de capacidad laboral “no constituyen tarifa legal para acreditar la magnitud de la lesión, por lo que, ante su ausencia, deberá tenerse en cuenta cualquier otro medio probatorio que permita determinar la gravedad o levedad del daño”²⁹.

Sin embargo, la ausencia de tarifa legal no significa, de forma alguna, que el fallador prescinda de sustento probatorio, sino que pueda llegar a la conclusión sobre la lesión a partir de distintos medios de información. Lo que incluso puede conducir a que, a falta de un certificado de pérdida de capacidad laboral que, de alguna forma, goza de cierta contundencia conclusiva, el juez deba fundamentar cuál es el soporte probatorio que le lleva a una determinada estimación de la gravedad o levedad de la lesión.

A su vez, la Corte Constitucional en la sentencia T-671 de 2017, se refirió a la jurisprudencia de la Sección Tercera que señaló que la valoración de la gravedad o levedad de la lesión es el referente que permite ubicar el *quantum* indemnizatorio que le corresponde a quien alegue el perjuicio moral, dentro de los parámetros establecidos en la sentencia de unificación³⁰, y que en el mismo sentido que lo ha indicado el Consejo de Estado, esa cuantificación debe ser definida, en cada caso, en proporción al daño sufrido, a las circunstancias particulares de las causas y consecuencias de la lesión y según lo que se pruebe en el proceso³¹.

Pero, en todo caso, la Corte aclaró a la hora de resolver el caso concreto en la mentada sentencia que, como se pasa a ver, la facultad discrecional de la actividad probatoria no significa una facultad ilimitada:

“Aunque, como se explicó en el párrafo 45, la tasación de esta clase de perjuicios se hace con aplicación de la facultad discrecional del juez, esta no es ilimitada. Al acudir a ella, es necesario tener en cuenta que la indemnización se hace a título de compensación, pues la suma no se ajusta al monto exacto del perjuicio; que la tasación debe realizarse con aplicación del principio de equidad; que la determinación del monto se sustenta en las pruebas que obran en el proceso; que la indemnización debe ser proporcional al perjuicio, y que debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias, para garantizar el principio de igualdad. Ninguna de estas consideraciones está presente en la sentencia del Tribunal”. (El resaltado es de la Sala).

Pues bien, a partir de estas consideraciones corresponde pasar a analizar el reproche en relación con el sustento que tuvo el Tribunal Administrativo del Tolima para determinar una lesión del 29.5%. En particular indicó:

“(…) Así las cosas, y como quiera que en la demanda se solicitó reconocer por concepto de daño moral, el equivalente a 100 s.l.m.l.m.v. para el señor Ramón Wilson Wilches Velásquez, 100 s.m.l.m.v. para su cónyuge Berta Ayala Barragán, y

²⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 9 de octubre de 2014, Exp. 29033.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia Exp. 37040 de 2016.

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de octubre de 2016, Exp. 41669.

³¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias Exp. 27771 de 2014, Exp- 33465 de 2015, Exp. 45513 de 2015, Exp. 37994 de 2016 y Exp. 40098 de 2017.

100 s.m.l.m.v. para su hija Aurora María Wilches Ayala; encuentra la Sala que los demandantes demostraron el daño antijurídico en la integridad corporal de Ramón Wilson Wilches Velásquez, esto es, cistitis intersticial y nefropatía obstructiva, por pseudomona aeruginosa, las cuales tuvieron que ser corregidas mediante una ileocistoplastia de aumento por cistitis de baja capacidad, aunque no hicieron lo mismo respecto a su intensidad, por lo que es necesario, en este caso concreto, aplicar de manera pura y simple el arbitrio juris, sin exceder los topes indemnizatorios fijados por el Consejo de Estado. En ese orden y dado que se evidencia en el expediente que la lesión, además de la pura incapacidad al señor Ramón Wilson Wilches Velásquez, que además, impide realizar las actividades que normalmente ejercía antes de sufrir la lesión.

Es verdad inconcusa que una lesión en el cuerpo y en la salud propia y de un ser querido generan, por sí solas, sentimientos de dolor, congoja y sufrimiento, constitutivos de perjuicio moral que, al no poderse resarcir en sí mismo, debe serlo en forma económica.

La reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que las lesiones de una persona hacen presumir el dolor y la aflicción constitutivos del perjuicio moral, en los miembros del entorno familiar más cercano de quien las padece, esposa, compañera permanente, hijos, padres y hermanos, perjuicio que debe valorarse en su entidad atendiendo, entre otros aspectos, a la gravedad de la lesión del ser querido. Unido a lo anterior, si bien es cierto que el señor Ramón Wilson Wilches Velásquez, tuvo que ser hospitalizado durante 53 días en el Hospital Central Militar, como consecuencia de las patologías prostatitis crónica por pseudomona y orquiepididimitis crónica derecha. También se informa de manera clara en el dictamen pericial, que la pérdida de peso y las alteraciones hematológicas, no son permanentes, pues una vez resuelta la infección, el paciente presenta recuperación de las mismas, por lo que la Sala considera que la lesión sufrida se puede calificar con una gravedad igual al 29.50%, en consecuencia, se fijará una indemnización en favor de los demandantes así:

Perjudicado	Parentesco	Perjuicio Moral
Ramón Wilson Wilches	víctima	40 S.M.L.M.V.
Berta Ayala Barragan	cónyuge	40 S.M.L.M.V.
Aurora María Wilches Ayala	hija	40 S.M.L.M.V.

(...)³².

Así las cosas, la sentencia del Tribunal Administrativo del Tolima como motivación de la valoración de la gravedad o levedad de la lesión, indicó que “[T]ambién se informa de manera clara en el dictamen pericial, que la pérdida de peso y las alteraciones hematológicas, no son permanentes, pues una vez resuelta la infección, el paciente presenta recuperación de las mismas, por lo que la Sala considera que la lesión sufrida se puede calificar con una gravedad igual al 29.50%”.

Como se aprecia, el Tribunal no indica cuál es la razón fáctica para concluir este porcentaje de lesión. No se encuentra el fundamento probatorio por cual el fallador llegó a este porcentaje y no a otro diferente.

En especial, en la sentencia objeto de la presente acción, no se da cuenta de los criterios que determinaron la afectación a la salud en lo que respecta a cualquiera de sus distintos componentes como han sido descritos por el Consejo de Estado en el entendido que "el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá

³² Fls- 395v a 396, c. 4.

una indemnización idéntica. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasado o evaluado, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista³³.

No se encuentra la razón fáctica en la que el Tribunal haya sustentado la medición de la lesión relacionada con cualquiera de los componentes de la salud mencionados. De modo que, si bien no es necesaria una prueba específica por la cual llegar a esa medición porcentual de la lesión, no se halla si quiera una que permita llegar, de manera objetiva, a las consecuencias físicas de la enfermedad y el daño derivado, o que refleje las alteraciones que al nivel psicológico, de desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agravaron la condición del paciente o la anormalidad del funcionamiento de un órgano o las complicaciones y secuelas que produjeron un deterioro en la parte fisiológica del paciente.

Así las cosas, se halla razón a la entidad accionante en que la sentencia objetada no ofrece el sustento fáctico que permitan concluir el porcentaje del 29.5% de gravedad. De modo que las escuetas referencias a la respuesta al tratamiento en el aspecto hematológico y que no dejó secuelas permanentes como lo sostuvieron los peritos en el dictamen y la incapacidad de 53 días no dan cuenta de un nexo entre el daño y su tasación.

Por lo anterior, la Sala encuentra que la decisión del tribunal adolece de un defecto fáctico en su dimensión negativa al omitir el fundamento probatorio sobre el cual asignó el porcentaje de la lesión en un 29.5%, de manera que la valoración que hizo, se itera, está viciada y, en esa medida, la Sala pasará a anular la providencia para que sea corregida por el propio Tribunal en lo que respecta a este defecto. En tal virtud, se impone la revocación el fallo de primera instancia de la acción de tutela, proferida por Consejo de Estado - Sección Cuarta, el 12 de febrero de 2019, para, en su lugar, amparar los derechos fundamentales invocados por la Clínica Tolima S.A.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

Primero: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia, vulnerados con ocasión de la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima el 19 de julio de 2018 radicado número 73001-33-31-003-2009-00346-01, demandante Ramón Wilson Wilches Velásquez y otros contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y Clínica Tolima S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Segundo: REVOCAR la sentencia de primera instancia de la acción de tutela proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta del 12 de febrero de 2019 por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de Unificación Jurisprudencial, Bogotá D.C., 28 de agosto de 2014.

Tercero: ANULAR la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima de fecha 19 de julio de 2018 radicado número 73001-33-31-003-2009-00346-01, demandante Ramón Wilson Wilches Velásquez y otros contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y Clínica Tolima S.A.

Cuarto: ORDENAR al Tribunal Administrativo del Tolima que en el término de veinte (20) días, profiera nueva sentencia dentro del proceso con radicado número 73001-33-31-003-2009-00346-01, en la que sustente y fundamente el porcentaje de gravedad o levedad de la lesión, y con el determine los perjuicios morales y materiales.

Quinto: NOTIFICAR la presente decisión a las partes y a los interesados por el medio más expedito.

Sexto: ENVÍAR a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Presidente de Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Ausente con permiso

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado